

논문 2024-2-3 <http://dx.doi.org/10.29056/jsav.2024.06.03>

인공지능 활용 창작으로 인한 저작권 소송상 여과 과정의 재검토

김시열*†

A review of the filtering process in copyright litigation for AI-enabled creations

Kim, Siyeol*†

요 약

저작권 침해 소송에서 보호받는 창작적 표현이 아닌 부분은 침해 여부 판단, 특히 실질적 유사성 판단 과정에서 제외된다. 최근 인공지능을 프로그래밍 과정에서 활용하는 사례가 급격히 증가하면서, 분쟁 대상이 되는 컴퓨터프로그램 역시 인공지능 기반의 코딩 툴을 활용한 경우가 상당히 많다. 이들 컴퓨터프로그램이 저작권 침해 분쟁의 대상이 될 경우, 실질적 유사성 판단을 위해 반드시 인공지능에 의한 작성 부분은 제거되어야 한다. 그러나 대상 컴퓨터프로그램 전체에서 인공지능에 의한 부분이 어느 부분인지를 특정한다는 것은 현실적으로 당사자가 아닌 제3자가 할 수 없는 것이다. 따라서 소송 당사자의 적극적인 협력이 필수적인 것이 된다. 다만 현실에서 이들이 정확한 특정을 할 것인지 담보하는데 어려움이 있다. 이에 소송제도 상 인공지능을 활용하여 작성한 부분을 특정하도록 하는 절차를 마련하는 것은 의미가 있다고 보았다. 이 의무의 실효성을 담보하기 위해서는 위반에 따른 실질적인 제재의 수단이 존재해야 한다. 이에 특정 의무 위반으로 얻을 수 있는 이익을 고려하여 위반자에 대해서는 해당 소송의 주장을 기각하는 정도의 제재를 부여하는 것이 필요한 것으로 보았다.

Abstract

In copyright infringement actions, parts of a work that are not protected creative expressions are excluded from the determination of infringement, especially in the substantial similarity test. With the increasing use of AI in programming, it's crucial to exclude AI-generated parts of a computer program in such disputes. However, third parties cannot accurately identify these AI-generated portions without the active cooperation of the parties involved, which is often difficult to guarantee. Therefore, a procedure requiring parties to identify parts of the program created using AI is necessary. To ensure the effectiveness of this obligation, there should be practical sanctions for non-compliance, such as dismissing the claim against the offending party. This approach considers the benefits that could be gained from violating the specific obligation.

한글키워드 : 인공지능, 소송, 실질적 유사성, 여과, 디스커버리

keywords : Artificial Intelligence, Litigation, substantial similarity, Filtering Process, Discovery

* 전주대학교 로컬벤처학부, 부교수(법학박사)

† 교신저자: 김시열(email: sykimlaw@hanmail.net)

접수일자: 2024.06.08. 심사완료: 2024.06.17.

게재확정: 2024.06.20.

1. 서론

최근 인공지능의 발전은 컴퓨터프로그램의 창작 환경에도 많은 변화를 가져왔다. 특히 생성형 인공지능 기반 코딩 툴의 활용이 급격히 확대되고 있는데, 이 툴은 자연어 프롬프트 또는 부분적인 코드 입력을 기반으로 코드를 작성할 수 있도록 하여 효율적인 프로그래밍 작업을 가능하게 하고 있다. 이에 이러한 인공지능 기반 툴의 활용을 통해 개발주기를 단축하는 등 많은 장점을 확보할 수 있어 가트너의 조사결과에 따르면 2027년까지 전문 개발자의 70%가 이러한 툴을 사용할 것이라 전망하기도 한다[1]. 이와 같은 기존의 흐름을 볼 때, 프로그래밍 과정에서 인공지능의 조력을 받는 경우 그 양태는 인공지능에 의한 전적인 창작이 아닌, 부분 창작에 해당하게 된다. 그런데 현재의 컴퓨터프로그램 저작권 침해판단에 관한 여러 법적 논의들은 아직 창작 과정에서 인공지능의 개입을 그리 유의미하게 다루고 있는 것으로 보이지는 않는다. 현재로서는 인공지능의 개입 하에 만들어진 결과물의 저작권법상의 지위에 대한 논의가 주로 이루어지고 있을 뿐으로 보인다.

그러나 저작권 침해판단에 대한 이론적 논의에 있어서도 중요한 문제가 존재한다. 최근 AFC 테스트(Abstraction-Filtration-Comparison test)에 대한 반성을 이끌어내는 여과 절차에 대한 이론적 논의가 대표적인데, 이와 관련한 인공지능에 대한 문제 역시 멀지 않게 유의미하게 다루어질 것으로 생각한다. 왜냐하면 실질적 유사성 판단 과정에서 가장 핵심적인 부분 중 하나인 여과 문제는 기존의 이론상으로도 문제가 논의되고 있는 상황에서, 앞서 살펴본 것처럼 프로그래밍 과정에서 부분적으로 인공지능에 의한 작성이 이루어진 코딩 결과를 어떻게 발견하고 여과할 것인지에 대한 고민은 지금의 인공지능 기반의 코딩

툴의 활성화 시점 대비 다소간의 시차를 두고 굉장히 높아질 수밖에 없기 때문이다.

이에 본 논문에서는 프로그래밍 과정에서 인공지능을 활용하여 창작을 한 경우, 저작권 침해 소송에서 여과 과정에 대하여 어떠한 문제를 겪게 되는지, 그리고 그 문제의 해결 방안을 어떻게 모색해 볼 수 있을지 생각해 본다.

2. 인공지능 창작의 저작권법상 의미

2.1 인공지능 활용 창작의 개념

프로그래밍 과정에서 인공지능 기반의 코딩 툴 활용이 급격히 증가하여 최근에는 그러한 툴 사용이 대세라는 말이 무리가 아닌 것으로 보인다. 많이 활용되는 툴로는 깃허브 코파일럿(GitHub Copilot)이 대표적이고, 아마존의 코드위스퍼러(Code Whisperer), 구글의 듀엣AI(Duet AI), 리플릿의 고스트라이터(Ghostwriter) 등이 있으며, 프로그래밍 과정에서 활용할 수 있는 범용적 툴로는 ChatGPT, 제미니(Gemini), 클로드(Claude) 등 다양한 툴이 활용되고 있다. 프로그램 개발 전 과정에 걸쳐 인공지능 기반의 툴을 활용할 수 있지만, 본 연구에서 살펴보려는 대상인 여과 문제와 관련하여서는 코드 작성 과정에서 인공지능 기반의 툴을 사용하는 경우를 본다. 이 과정에서 깃허브 코파일럿 등과 같은 툴을 사용하여 코딩 과정에서의 작업 효율을 확보할 수 있다는 점에 유용성이 높게 평가되고 있다. 다만, 이러한 활용에 있어서 툴에 의하여 도출된 코드는 완벽하다고 하기 어려운 한계가 있다. 따라서 그 결과물은 필연적으로 개발자의 관여가 이루어질 수밖에 없는 한계를 내포할 수밖에 없다.

그런데 저작권 분야에서 인공지능을 창작에 관하여 논의할 때는 인공지능에 의한 창작, 특히 전부 창작을 전제로 하는 것이 보통이다. 이때

많이 언급되는 램브란트의 그림 사례와 같이 인공지능에 의한 전적인 창작을 전제로 논의의 대상이 되곤 한다. 그런데 앞에서 살펴본 것과 같이 컴퓨터프로그램 분야에서 이루어지는 저작권 소송에서 현실적으로 인공지능이 창작 측면에서 문제 되는 경우는 프로그램 전체를 인공지능에 의하여 제작된 경우가 아니라, 그 전체의 일부를 인공지능의 조력에 의하여 작성하였을 때, 이것을 저작권 소송 과정에서 실질적 유사성을 판단하는 과정에서 어떻게 다루어야 하는지에 대한 것이다. 이와 같은 인공지능의 활용을 창작에 대한 ‘도구적 사용’이라고 지칭한다[2].

2.2 인공지능 활용 창작의 저작권법상 의미

2.2.1. 창작자 개념에 대한 검토

수년 전 인공지능에 의한 창작을 인간에 의한 창작에 준하는 것으로 다루는 것에 대한 논의가 활발하게 이루어진 바 있었으나, 현재는 그러한 논의가 큰 의미를 갖고 있는 것으로 보이지는 않는다. 저작권 제도가 갖고 있는 기본원칙, 그리고 헌법 및 민법상의 재산권 제도, 인격권의 존재 등 여러 법체계상의 현실적 상황을 고려할 때 인간이 아닌 대상에까지 저작권을 직접 부여하고 이들이 저작권에 기반한 경제적 이익을 직접 향유하도록 하는 것이 유의미하게 받아들여지기 어렵기 때문이다. 실제 대안으로 논의되는 것이 인공지능에 대한 직접적인 이익 부여보다는 그러한 인공지능 툴을 소유하여 인공지능으로 하여금 창작에 임하게 한 소유자에게 인공지능에 의한 창작물의 가치를 향유할 수 있도록 하는 방안 정도가 논의되기도 하였다.

인공지능을 활용한 창작물에 대해서는 인공지능의 창작 주체 인정 문제보다는 유럽에서의 논의와 같이 인공지능에 의한 제작(작성) 부분에 대한 책임 문제가 논의되는 흐름으로 이루어지고 있다. 즉, 인공지능에 의한 창작은 저작권법상의

창작으로 볼 수 없다는 현재의 통설적 견해를 달리 변경할 수 있는 상황이 대두되고 있다고 보기는 어렵다.

2.2.2. 저작물 개념에 대한 검토

우리 저작권법은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 저작물로 인정하고 있다(저작권법 제2조 제1호). 따라서 인간의 정신적 노력에 의하여 창출된 사상이나 감정의 창작적 표현물이라 하면 모두 저작물로 인정될 수 있다. 이러한 요건에서 볼 수 있듯이 저작물로 인정되기 위해서는 반드시 인간에 의한 것이어야 한다. 최근의 중국에서 의외의 판결이 이루어진 사례(2023년 11월, 베이징 인터넷법원의 ‘스테이블 디퓨전(Stable Diffusion)’ 이미지 사례)이 있기는 하나, 인간이 아닌 대상에 의하여 만들어진 결과물을 저작물로 인정하지 않는 것은 우리나라[3]를 비롯한 전 세계적으로 확립된 태도라 할 수 있다. 따라서 원숭이에 의한 창작이나 자동생성된 프로그래밍 코드 등은 저작권으로 보호할 대상이 될 수 없다. 이에 실질적 유사성의 판단 과정에서도 이처럼 인간에 의하여 만들어진 것이 아닌 표현들에 대해서는 분리하여 유사성 판단 대상에서 제외하고 있다.

이처럼 지금까지의 여러 논의를 볼 때 인공지능에 의한 창작을 인간의 의한 창작과 동일한 것으로 보는 문제는 아직 시기상조라 할 수 있다. 따라서 인공지능에 의한 일련의 표현물들이 저작물로 직접 인정될 수 있는 것은 아니다.

3. 인공지능 활용 창작과 여과 과정의 관계

3.1 저작권 소송에서 여과 과정의 의미와 문제

저작권 이론에서 아직 확립된 것이라 하기는 어렵지만, 우리나라의 경우 미국 제2연방항소법

원의 3-Step Test[4]를 일부 받아들인 모습이 나타난다. 이 테스트는 컴퓨터프로그램의 기능에 필연적으로 수반되는 요소들은 저작권법상의 보호대상이 아니라는 점을 전제하면서, 컴퓨터프로그램 구조 등에 대한 실질적 유사성은 추상화(abstraction), 여과(filtration) 및 비교(comparison)로 구성된 3단계의 과정을 거쳐 판단하도록 제시한 것이다. 이를 통하여 저작권법에 의해 보호받는 표현인 여과 결과 남겨진 핵심(core)만을 비교함으로써 그 결과 도출된 유사성이 실질적인 정도에 이르면 저작권 침해로 인정할 수 있다는 기준이다[5].

그리고 한편으로는 저작권법상의 기본 원칙에 충실하여 보호받지 않는 부분을 제외시키는 절차를 거친 것으로 보이는 것이라는 지적도 있다. 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등을 실질적 유사성의 판단 과정에서 제외시켜야 함은 저작권법의 기본원칙상 당연히 이루어져야 할 점이라고 보면서 3-Step Test에 여과 단계가 존재하고 우리 판결들에서 비보호대상 표현 등을 실질적 유사성 판단 과정에서 제외하였다는 점만으로 우리 법원이 미국의 3-Step Test를 받아들인 것으로 이해하기는 근거가 약하다는 견해이다.

생각건대 실질적 유사성 판단기준에 관한 미국의 3-Step Test의 장점으로 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등을 비교대상에서 제외하는데 있다는 평가를 고려할 때, 보호받지 못하는 부분을 비교대상에서 제외한다는 점에 있어서는 우리 법원의 태도가 양자의 어느 쪽에 따른 것인지 여부는 본질적으로 중요한 것은 아니라고 보인다. 어떠한 모델을 사용하던지 여부를 불문하고, 보호받지 않는 부분을 유사성 판단을 위한 비교 범위에서 제외하는 ‘여과’ 과정은 저작권법상의 특수한 과정이자 다른 영역에서의 유사성과 저작권법상의 실질적 유사성을 구별해 주는 핵심

적인 과정에 해당한다.

3.2 여과 과정에 대해 인공지능 활용 창작이 갖는 의미

인공지능에 의한 프로그래밍을 저작권을 인정할 수 있을 표현으로 보지 않는 지금의 태도에서 본다면, 결국 인공지능을 활용하여 제작한 부분은 저작권 소송에서 실질적 유사성 판단 시 비교대상에서 제외되어야 하는 부분에 해당한다. 즉, 여과의 대상이 된다. 여과 과정은 일련의 표현에서 저작권법이 보호하지 않는 대상을 제거하는 과정을 의미한다. 이때 대상이 되는 표현들, 즉, 제거 대상이 되는 표현들은 보편적인 사실들, 공유의 영역(public domain)에서 가져온 것들, 프로그래밍 결과물에 있어서 구체화된 아이디어, 그리고 일련의 프로그래밍 과정이나 절차 또는 작동 방법이다[6].

그런데 저작권 소송, 특히 실질적 유사성을 판단하기 위한 일련의 과정 중 여과에 대해서는 최근 여러 문제가 지적되고 있다[7]. 특히 개발 환경의 변화로 인하여 점차 개발자가 직접 코딩을 하기보다는 오픈소스를 활용하거나, 자동화된 툴을 사용하여 코딩 과정의 효율을 극대화하는 등의 모습이 나타남에 문제의 발단이 발생한다. 이와 같은 개발 환경의 변화는 사람이 직접 코드를 만드는 비중을 낮추고, 저작권법상 보호대상이 되지 않는 코드의 비율을 현저하게 높이는 현상을 가져오게 된다. 따라서 실질적 유사성 판단 시 전자의 작성 부분만을 비교 대상으로 한다는 점에, 후자 부분은 여과의 대상이 된다. 문제는 후자의 작성 부분이 점차 급격히 증가하고 있는 상황에서 이들을 제거해 버리고 난 나머지 부분만을 가지고 저작권 침해 여부에 대한 판단을 할 수 있을지에 대한 고민인 것이다.

개념상으로는 비교 대상이 되는 소위 핵심 부분(core)이 사실 컴퓨터프로그램저작물로서 의미

를 갖기 어려운 수준의 대상이 되어버린다는 점에 과연 이것을 보호의 대상으로 삼는 의미가 있는가, 혹은 이것을 보호해야 할 ‘컴퓨터프로그램’이라 할 수 있는지에 대한 문제를 들 수 있다. 이는 결국 무엇을 보호해야 하는가, 저작권이 보호할 가치는 무엇인가 등의 논의와 연결되는 문제이다. 한편, 실무적으로도 문제가 있다. 우리나라에서 관련 재판 과정에서는 상당한 경우에 실질적 유사성을 판단하기 위해 정량적인 유사도를 산출하여 활용하는 경향이 있다. 그런데 상당한 여과를 통해 어떠한 컴퓨터프로그램의 다수 부분이 제거되고 일부 잔존 부분만을 비교의 대상으로 할 경우, 그 비교의 결과가 실제 해당 컴퓨터프로그램의 구체적 부분별 중요도와 별개로 나타날 수 있는 문제가 있다. 특정 부분의 유사도 자체는 높게 나타날 수 있겠지만 그 부분의 중요성은 전체 컴퓨터프로그램을 기준으로 볼 때 매우 낮을 수 있어서 물리적 유사도는 도출해 볼 수 있겠지만 대상 저작물의 질(質)을 고려하는 데는 어려움이 발생하는 문제가 있다.

인공지능을 활용한 것에 대한 문제 역시 이러한 고민과 유사한 문제를 고민하고 있는 것으로 보인다. 인공지능을 활용하여 프로그램을 작성한 경우에도 그것이 소송의 대상이 되었을 때 저작권법의 본질상 그 부분이 실질적 유사성의 비교 대상이 될 수 없음은 당연하다. 하지만 통상의 여과 문제와 달리 인공지능을 활용하여 작성된 소송물을 다루는 데 있어서는 종적(縱的) 특수성이 있다고 본다.

3.3 인공지능 활용 창작 부분을 여과함에 따른 문제

3.3.1. 탐지의 어려움

통상 컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 소송에서 여과는 보호받지 못하는 표현 등에 대해 진행된다. 주로 자동생성코드나 주석 등이 대표

적이며, 오픈소스로 구현된 부분도 여과의 대상이 된다.

반면, 인공지능에 의하여 작성된 부분을 여과하는 것은 상대적으로 매우 어려운 점이 크다. 앞서 살펴본 통상의 경우도 구체적인 사례에서는 여과 대상을 명확히 특정해 내는데 어려움이 크나, 인공지능의 활용이 전제된 경우에는 더욱 어려움이 크게 나타난다. 여과의 대상이 상대적으로 ‘일반적인 표현’ 부분에서 나타나기 때문이다. 이에 작성자의 특징이 없다면 쉽게 발견할 수 없는 어려움이 있다.

3.3.2. 여과 진행에 따른 보호대상의 근원적 의문

통상의 여과 문제로도 지적되는 것이나 앞에서 살펴본 것과 같이 여과의 대상이 ‘일반적인 표현’에까지 미친다는 점에 더욱 심각하게 생각해 볼 문제라 본다. 기존에는 여과 과정이 극도로 이루어지게 되면 사실상 프로그램이 형해화되어 코어(core)의 비교 시 그것을 프로그램이라 지칭할 수 있겠는가 하는 의문이 제기된 것이다. 그런데 그보다 더 일상적인 표현을 제거하게 하는 인공지능을 수단으로 활용하여 작성한 프로그램은 일부 구문뿐만이 아니라 사실상 거의 모든 표현(소스코드)을 제거의 대상으로 삼을 수 있게 하는 문제가 있다. 기존 논의의 가정이 비현실성에 더 잡은 것이라면 인공지능에 관한 논의에서는 현실성이 크다고 볼 수 있다. 그러한 경우, 사실상 구조만 남은 소스코드를 대상으로 유사성 비교를 하는 것이 저작권법상 어떤 의미가 있는지 새롭게 고민해 봐야 하는 시점인 것이다. 그 남은 것들이 유사하다고 하여 저작권 침해로 인정할 수 있을지는 의문이다.

3.4 소결

인공지능을 활용하여 작성한 프로그램의 저작권 침해 여부를 가리는 소송에서, 이것이 일반적

인 여과 과정의 수행에 비해 상당한 어려움을 갖는 특징이 있다고 하더라도 본질적으로 여과 과정과 다른 무언가로 다루기에는 차이가 크지 않다고 본다. 단순히 난해하다는 것이 이론상의 새로운 요건으로 마련되어야 할 것은 아니기 때문이다. 이에 실제적으로는 기존의 여과 이론의 틀에서 인공지능에 의한 작성 부분도 다루어야 할 수밖에 없다고 본다.

그런데 재판의 과정에서 다루어지는 여과 문제, 특히 인공지능을 활용하여 만들어진 부분을 제거해야 하는 목적으로 여과 과정을 거칠 때는 현실적으로 통상의 여과 과정에 비해 부가되는 어려움이 있는 것이 사실이다. 그것은 소송의 대상물 가운데 어떠한 부분이 인공지능으로 인한 표현 부분인지를 구분하기 어렵다는 점이다. 지금의 일반적인 여과, 특히 컴퓨터프로그램을 대상으로 한 여과 과정에서도 어려운 점인데, 특정한 표현에서 구체적으로 라인 단위 혹은 다른 단위로 어떠한 부분이 제거되어야 할 대상에 해당하는지를 특정하는 것은 현실상 쉽지 않은 과정이다. 그런데 인공지능 작성의 부분을 걸러내는 것은 그것이 제3자의 눈으로 탐지하는 것이 거의 불가능하다. 그렇기 때문에 실제 사안에서 인공지능에 의한 표현 부분을 제거하고 사람에 의한 부분만을 비교의 대상으로 하는 것이 현실적으로 불가능한 것이 아닌가 하는 의구심도 있는 것이 사실이다. 따라서 인공지능에 의한 작성 부분을 특정할 수 있도록 하는 방안이 소송 절차상 혹은 기술적으로 요구된다.

이때 소송 절차상의 방안으로는 내재적인 한계가 있다. 당사자가 아니라면 인공지능에 의한 부분을 특정할 수 없다는 것이다. 그렇다 보니 주로 사후적 행위로 이루어지는 감정 등 전문가의 분석 과정에서 어떠한 부분이 인공지능에 의하여 만들어진 것인지를 확인하는 것은 사실상 불가능하고, 결국 이 문제의 절차적 해결을 위해

서는 당사자 일방이 구체적인 인공지능 활용의 부분을 제시할 수 있도록 하는 소송절차상의 방법을 찾는 것이 필요하다.

4. 인공지능 활용 부분의 특정 방안 검토

4.1 관련 제도의 검토

4.1.1. 문서제출명령을 통한 특정 검토

민사소송법은 상대방 또는 제3자가 가지고 있는 것으로서 제출의무 있는 문서에 대해 서증신청을 할 때는 그 제출명령을 구하는 신청을 하도록 한다(민사소송법 제343조 후단). 문서제출의무는 일반의무이므로 제출을 거부할 수는 없고, 제3자에 대한 필수적 심문제도, 문서의 일부제출제도, 문서정보공개제도 등을 두고 있다.

인공지능을 활용하여 작성한 부분을 특정한다는 목적 하에 이 제도를 활용할 경우 크게 효과적일 것으로 보이지는 않는다. 이는 일단 문서제출의 의무자가 허위진술 혹은 제출의무 미이행 시 적절한 제재 방안이 부족하다는 점[8], 인공지능 활용 부분이 문서로 정리되어 있는 것이 아닐 경우 실효성 있는 정보 획득이 어려울 수 있다는 점 등이 이유이다.

4.1.2. 증거보전을 통한 특정 검토

증거보전은 소송절차에서 본래 증거조사를 행할 기일까지 기다리게 되면, 그 증거방법의 조사가 불가능하거나 또는 곤란하게 될 사정이 있는 경우 본안의 소송절차와 별도로 미리 증거조사를 하여 그 결과를 확보하여 두는 부수절차를 의미한다(민사소송법 제375조). 특히 소송 전에 미리 증거조사가 이루어지게 되면 당사자 일방의 지배영역 내에 있는 증거의 내용을 상대방에게 알리는 증거 공개의 기능이 작용할 수 있게 되므로, 미국에서의 디스커버리 제도를 도입하지 않은 우

리나라의 소송법 체계에서는 증거보전 절차를 소송 전 증거수집제도와 유사한 성격의 절차로 활용할 수 있다는 의견도 있다[9].

증거보전 절차를 통하여 소송물에서 인공지능 활용 부분을 특정하는 것은 효과적이지 않다고 보인다. 그 이유로는 어떤 부분을 인공지능을 활용하여 작성한 것인지를 묻는 것은 그 자체로 증거의 존재를 전제한 것으로 보기는 어렵다. 오히려 물리적 증거가 아닌 당사자의 인식 속에서 도출할 수 있어야 하는 내용인데 그러한 경우 보전 절차의 실효성이 그리 높지 않다고 볼 수 있다.

4.1.3. 특허법상 자료제출명령을 통한 특정 검토

일반적인 민사소송에 해당하지 않고 특허소송에 한정하는 것으로, 특허법은 제132조에서 자료제출명령 제도를 두고 있다. 자료제출명령 제도는 민사소송법의 문서제출명령 제도를 개선한 것인데, 이는 기존의 제도와 비교하여 제출대상을 문서에서 자료로 변경하였다는 점(제1항), 대상을 손해액 산정에 관한 자료에서 침해행위의 증명과 관련된 자료를 포함하는 것으로 확대하였다는 점(제1항), 정당한 이유 없는 제출 거부 시 제재를 부여한다는 점(제5항) 등의 내용을 가지고 있다.

이 제도를 활용하여 인공지능의 활용 부분을 특정받을 수 있는지 생각해 본다. 생각건대 상대적으로 문서제출명령에 비하여 제재조치 등으로 인한 실효성은 확보할 수 있겠지만, 이 역시 문서제출명령에 의한 접근방식이 갖는 문제에서 자유로울 수는 없다. 특히 제3자에 대해서는 적용되지 않다 보니, 컴퓨터프로그램 저작물에 관한 소송 과정에서 제3자의 프로그램의 분석이 이루어져야 하는 경우가 종종 발생하는 바, 이러한 경우 제도적 한계가 나타날 수 있다.

4.1.4. 감정절차를 통한 특정 검토

민사소송법 또는 형사소송법에 의한 감정절차

는 이미 존재하는 어떠한 기술적 대상에 대한 분석을 전문가로 하여금 수행하게 하고, 그 결과를 증거로서 재판에 활용하고자 하는 절차이다. 그런데 이러한 감정절차는 기본적으로 존재하는 대상을 분석하여 요구되는 문제에 대한 의견을 제시하는 것이다. 이에 감정인이 갖는 내재적 한계를 넘어선 의견을 제공할 수는 없다. 인공지능을 활용하여 프로그램을 작성한 곳이 어느 부분인지의 문제를 감정을 통해 해결하고자 한다면, 감정인이 이를 객관적으로 탐지할 수 있어야 하는 것인데, 앞서 살펴본 것과 같이 이것을 제한된 시간과 상황 속에서 감정인이 탐지한다는 것은 사실상 불가능하다고 본다. 결국 감정절차를 통하더라도 인공지능을 활용한 작성 부분을 당사자를 통해 특정받아야 한다는 점은 달리 되지 않는다. 다만, 당사자로서 감정에 따른 유불리 한 상황을 고려하여 적극적으로 협조하는 경우가 많겠으나 이는 제도적 효과로 보기는 어렵다.

4.1.5. 소결

소송절차 측면에서 당사자의 자료 또는 정보를 적절히 제출하도록 하는 제도적 노력이 오랜 기간 이루어져 왔다. 민사소송법의 상당한 개정이 이러한 측면에서 이루어진 바 있고, 특허법 개정을 통한 자료제출명령제도의 도입 등도 대표적인 노력의 결과라 할 수 있다. 특히 최근 몇 년간 대법원을 중심으로 한 노력으로 미국의 디스커버리 제도를 우리 소송절차에 접목하려는 시도도 지속적으로 이루어지고 있기도 하다. 다만, 이러한 노력에도 불구하고 당사자가 인공지능을 활용하여 작성한 부분을 특정할 수 있게 할 수 있는가에 대해서는 그리 용이한 답변을 할 수 없는 것이 현실이다. 결국 기존의 소송절차로는 저작권 소송 절차상 인공지능을 활용한 작성 부분을 특정하도록 할 절차적 수단이 부족한 것으로 보며, 이를 위한 별도의 제도적 고민이 요구된다.

생각건대 인공지능을 활용한 작성 부분의 특정을 정확히 하도록 강제력을 부과하는 것은 현실상 가능하기 어렵다고 본다. 이에 정보제공의 의무를 부여하되, 그 의무의 이행이 이루어지지 않았을 경우 상당한 제재가 부여될 수 있도록 하여 의무이행을 유도하도록 하는 방식이 선택할 수 있는 방안이라 생각한다. 미국의 디스커버리 제도에서 부여하고 있는 제재 방식이 가장 활용을 위해 근접한 형태로 보인다. 이에 이하에서는 제재 부여 측면에서의 제도적 방안을 제시한다.

4.2 인공지능 활용 부분 고지 의무화 절차 도입에 대한 검토

4.2.1. 디스커버리 제도상의 제재

미국의 디스커버리 제도는 디스커버리 명령의 효율적이고 실질적 이행을 담보하기 위해 소송 당사자에게 이를 강제할 수 있는 방법으로 위반에 따른 적정한 제재를 부과하고 있다. 이에 디스커버리에 관한 법원의 명령을 위반한 경우, 증거개시 또는 인정 혹은 이전 보정명령을 준수하지 않는 경우, 진술 청취 또는 조사관에 대한 답변서 제출 혹은 조사 요구 등에 응하지 않은 경우, 디스커버리 계획 자체에 참여하지 못한 경우에 법원은 각종 제재를 부과할 수 있도록 하고 있다. 즉, 디스커버리에 참여하여 이 절차가 목적으로 하는 증거개시를 적절히 할 수 없도록 하는 당사자에게는 제재를 가하게 되어 있다.

제재 내용으로는 디스커버리 명령 위반자에 대한 주장의 기각 또는 무변론 판결, 주장의 기각, 법정 모독으로 인한 벌금 등의 부과, 각종 비용의 청구 등이 있다. 이처럼 제재의 내용은 소송 자체를 그대로 종결시킬 수 있는 정도로 강한 것부터 약한 형태의 것까지 다양하게 존재한다. e-디스커버리 명령의 위반 시 역시 일반적인 경우와 크게 다르지 않다.

4.2.2. 검토

컴퓨터프로그램저작물을 대상으로 한 저작권 침해 소송 과정에서 여과를 위해 인공지능을 활용한 작성 부분을 당사자 일방으로 하여금 특정받기 위한 실효성을 확보하기 위해, 특정에 대한 명령을 위반 시 일정한 제재를 부여하는 방안은 현실적으로 가장 의미 있는 방법이라 생각한다. 디스커버리 제도의 제재 방식을 차용한 것으로, 특정을 위한 명령을 전혀 이행하지 않은 경우와 특정을 하였으나 사후적으로 거짓 특정이 드러나는 경우 모두 해당되어야 한다. 실질적 유사성 판단 과정에서 여과 절차가 갖는 중요성을 고려할 때 제재의 수준으로는 상당히 강한 정도의 제재가 필요할 것으로 생각한다. 디스커버리 제도의 예를 보면, 물론 구체적인 행위에 대한 정도 차이가 있겠지만 기본적으로는 주장의 기각 수준의 제재가 필요할 것으로 생각한다. 실질적 유사성 판단에서 여과의 문제, 특히 다량의 표현이 제거되어야 하는 상황에서 거짓 특정 등의 행위는 실제 실질적 유사성의 정도를 달리 판단하게 하여 소송 결과를 달리 도출시킬 수 있는 상당히 중요한 문제이기 때문이다. 이에 의무 불이행 행위로 인하여 얻는 직접적인 이익이 소송의 승소라는 점에서 그에 따른 제재 역시 이익의 정도에 비례하여 해당 소의 기각으로 하는 것이 적절할 것으로 생각한다. 다만 실무적으로 논의되어야 할 것으로, 거짓의 정도가 미비하는 등 의무 불이행의 정도가 그리 심하지 않을 경우에 이 역시 강한 제재를 가하여야 하는가에 대한 문제가 있다. 결국, 디스커버리 제도의 예에서 볼 수 있는 것과 같이 제재의 스펙트럼을 위반 내용의 경중에 따라 다양하게 구성하는 것도 의미가 있을 것인데, 이 경우에는 특정한 위반 행위가 어느 수준에 해당하는지를 판단할 수 있는 구체적인 기준이 마련되어야 할 필요도 있다고 본다.

5. 결 론

저작권 침해 소송에서 보호받는 창작적 표현이 아닌 부분은 침해 여부 판단, 특히 실질적 유사성 판단 과정에서 제외된다. 구체적인 판례들을 보더라도 역시 이러한 제거를 중요하게 다루고 있음을 알 수 있다. 최근 인공지능을 프로그래밍 과정에서 활용하는 사례가 급격히 증가하면서, 분쟁 대상이 되는 컴퓨터프로그램 역시 인공지능 기반의 코딩 툴을 활용한 경우가 상당히 많다. 이들 컴퓨터프로그램이 저작권 침해 분쟁의 대상이 될 경우, 실질적 유사성 판단을 위해 반드시 인공지능에 의한 작성 부분은 제거되어야 한다. 그러나 대상 컴퓨터프로그램 전체에서 인공지능에 의한 부분이 어느 부분인지를 특정한다는 것은 현실적으로 당사자가 아닌 제3자가 할 수 없는 것이다. 따라서 소송 당사자의 적극적인 협력이 필수적인 것이 된다. 다만 현실에서 이들이 정확한 특정을 할 것인지 담보하는데 어려움이 있다. 이에 소송제도 상 인공지능을 활용하여 작성한 부분을 특정하도록 하는 절차를 마련하는 것은 의미가 있다고 보았다. 즉, 해당 부분을 특정하도록 하는 의무를 부여하는 것인데, 이 의무의 실효성을 담보하기 위해서는 위반에 따른 실질적인 제재의 수단이 존재해야 한다. 이에 특정 의무 위반으로 얻을 수 있는 이익을 고려하여 위반자에 대해서는 해당 소송의 주장을 기각하는 정도의 제재를 부여하는 것이 필요하다.

참 고 문 헌

- [1] Lucas Mearian, “‘By 2027, 70% of developers will be using...’ The pitfalls of AI coding tools”, CIO Korea (2024.04.08.). <https://www.ciokorea.com/column/332463#csidx16366b547619e2384af0403545b0c01>.
- [2] Kim Si Yeol. A Study on the Skill Level of PHOSITA As Using Artificial Intelligence, Dankook Law Review, 47(2), 235. (2023). <https://doi.org/10.17252/dlr.2023.47.2.009>.
- [3] Ministry of Culture, Sports and Tourism · Korea Copyright Commission, A Guide on Generative AI and Copyright. (2023). 40. ISBN 978-89-6120-564-1.
- [4] Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2nd Cir. 1992).
- [5] Kim Si-Yeol. Computer Program Copyright Similarity Theory. : Sechang Publish (2018). 121-123. ISBN: 978-89-8411-754-9 93360.
- [6] Vinod Polpaya Bhattathiripad, Judiciary-Friendly Forensics of Software Copyright Infringement. : IGI Global (2014). 130-134. ISBN: 978-1-4666-5804-2.
- [7] Vinod Polpaya Bhattathiripad, “Forensic of Software copyright Infringement Crimes: the Modern POSAR Test Juxtaposed with the Dated AFC Test”, JDFSL 9(2), 75. (2014).
- [8] Choi Seungjae, “Effective protection measures for intellectual property (patent) - focusing on supplementing the evidence system for effective compensation for damages”, Issue paper. 14. (2016)
- [9] Lee Si-yoon, the New Civil Procedure Act. : Parkyoungsa, (2017). 529.

————— 저 자 소 개 —————



김시열(Kim, Siyeol)

2012.8 숭실대학교 대학원, 법학박사
2007.6-2012.6 한국저작권위원회
2012.6-2024.2 한국지식재산연구원, 연구위원
2024.3-현재 전주대학교 로컬벤처학부, 부교수
<주관심분야> 저작권 분쟁, 실질적 유사성